

KAI AMBOS

Catedrático de Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito
Comparado e Direito Penal Internacional da Georg-August Universidade
de Góttifteen Juiz do Tribunal Estadual de Göttingen, Alemanha

DIREITO PENAL

**Fins da Pena, Concurso de Pessoas, Antijuridicidade e Outros
Aspectos**

Sergio Antonio Fabris Editor

Porto Alegre, 2006



<http://bdjur.stj.gov.br>

Localização: 343

A494d

Código de barras: STJ00064685

CATALOGAÇÃO NA FONTE

A494d Ambos, Kai
Direito Penal : fins da pena, concurso de pessoas,
antijuridicidade e outros aspectos / Kai Ambos; tradução de
Pablo Rodrigo Alflen da Silva - Porto Alegre : Sérgio Antônio
Fabris Ed., 2006.
302 p. ; 15,5x22 cm.

ISBN 85-7525-379-4.

Direito Penal. 2. Pena. 3. Antijuridicidade. 4. Punibilidade. I.
Silva, . Pablo Rodrigo Alflen da. II. Título.

CDU - 342.2



SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| PREFÁCIO | 11 |
| PRÓLOGO DO COMENTARISTA BRASILEIRO | 13 |
| LISTA DE ABREVIATURAS | 15 |
| § 1. Sobre os fins da pena nos níveis nacional e supranacional | 19 |
| I. Sobre a função do Direito Penal | 20 |
| 1. Âmbito nacional | 20 |
| 2. Aspectos especiais no Direito penal internacional | 23 |
| II. Poder punitivo nacional e supranacional | 24 |
| 1. O poder punitivo do Estado nacional | 24 |
| 2. Poder punitivo da Comunidade internacional? | 26 |
| III. Sobre os fins da pena | 27 |
| 1. Retribuição ou prevenção? | 28 |
| 2. Relação entre a idéia da retribuição e a noção de justiça | 28 |
| 3. As diversas funções preventivas da pena | 30 |
| 4. Os fins da pena no Direito penal internacional | 33 |
| 5. Alternativas à reação penal (pura) | 38 |
| IV. Conclusão | 40 |
| § 1-A. Comentários sob a perspectiva brasileira | 41 |
| § 2. Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder: uma análise crítica e contribuições ulteriores | 47 |
| I. A jurisprudência recente | 48 |
| II. Posições defendidas na doutrina | 49 |
| 1. A teoria do domínio do fato e do domínio por organização de Roxin como ponto de partida dogmático | 49 |
| 2. Posições que coincidem com o resultado | 50 |
| a) Domínio por organização em razão da fungibilidade (entendimento predominante) | 51 |
| b) Outras fundamentações para o domínio por organização (Bottke, Schild) | 52 |
| c) Substitutivos ao domínio por organização (Schroeder, Murmann) | 53 |
| 3. Posições divergentes | 57 |
| a) Co-autoria (Jakobs) | 57 |
| b) Indução pelo homem de trás | 59 |
| c) Bockelmann/Volk | 59 |

Localização: 343

A494d

Código de barras: STJ00064685



| | |
|---|----|
| 4. Avaliação global | 60 |
| III. Sobre a concretização do domínio por organização | 62 |
| 1. Grupos de casos | 62 |
| a) Crimes cometidos por aparatos organizados de poder estatais | 62 |
| b) Crimes cometidos por aparatos organizados de poder não-estatais (criminalidade organizada) | 68 |
| 2. Domínio por organização e aparatos desvinculados do Direito | 72 |
| a) Aparatos organizados de poder não-estatais... | 73 |
| b) Aparatos organizados de poder estatais.... | 74 |
| IV. Conclusão | 77 |
| § 2-A. Comentários sob a perspectiva brasileira... | 78 |

| | |
|---|-----------|
| § 3. Domínio do fato por organização: a responsabilidade do comando militar argentino pela morte de Elisabeth Käsemann | 83 |
| Nota preliminar | 83 |
| A. Fundamentação dogmática: autoria por organização | 84 |
| I. Instigação.... | 84 |
| II. Co-autoria | 86 |
| III. Autoria mediata | 87 |
| IV. Tomada de posição e conclusão | 88 |
| B. Subsunção: a responsabilidade de Jorge Videla e Emilio Massera pela morte de Elisabeth Kaseníann | 92 |
| I. Questões gerais | 92 |
| 1. Sobre a situação probatória | 92 |
| 2. Sobre os pressupostos concretos da autoria mediata em virtude do domínio por organização | 96 |
| 3. As condições básicas de realização do tipo | 97 |
| a) Existência de um aparato de repressão dentro das forças de segurança | 97 |
| b) Determinação e formas gerais de atuação do aparato de repressão: a luta contra a subversão | 100 |
| c) Conclusão | 101 |
| II. A responsabilidade de Jorge Videla | 101 |
| 1. Contribuição para o fato e produção "automática" da realização típica? | 101 |
| 2. Conhecimento das condições básicas e sua regularidade.. | 105 |
| 3. Vontade dirigida ao resultado típico como produto de sua própria conduta | 107 |
| 4. Conclusão | 108 |
| III. A responsabilidade de Emilio Massera | 108 |
| C. Resumo executivo | 111 |

Localização: 343

A494d



| | |
|--|-----|
| § 3-A. Comentários sob a perspectiva brasileira | 113 |
| § 4. A cumplicidade através de ações cotidianas | 117 |
| I. O problema e sua situação sistemática.. | 118 |
| II. Os posicionamentos da doutrina | 122 |
| III. Resumo crítico e conclusão | 127 |
| § 4-A. Comentários sob a perspectiva brasileira | 130 |
| § 5. Sobre a antijuridicidade dos disparos mortais no muro da Alemanha | 135 |
| I. A antijuridicidade da conduta dos soldados da fronteira | 136 |
| 1. Inobservância do § 27 da Lei de Fronteira (GrenzG) com base em normas de direito natural e de direitos humanos (fórmula de Radbruch)? | 137 |
| 2. Interpretação conforme os direitos humanos? | 143 |
| 3. Violação ao Art. 103, 2 da Lei Fundamental (GG)?... | 146 |
| II. A antijuridicidade da conduta dos autores mediatos | 151 |
| § 5-A. Comentários sob a perspectiva brasileira | 154 |
| § 6. O artigo 7 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, Common Law e os disparos no muro | 163 |
| I. Common law e o princípio da legalidade | 164 |
| II. O Art. 7 da EMRKe o common law | 174 |
| III. O Art. 7 da EMRK, o Art. 103, 2 da GG e os disparos no muro | 178 |
| § 6-A. Comentários sob a perspectiva brasileira | 183 |
| § 7. Preterintencionalidade e qualificação pelo resultado: reflexões jurídico-comparadas | 191 |
| I. Nota preliminar | 192 |
| II. Posição jurídica italiana | 194 |
| 1. Preterintencionalidade e responsabilidade objetiva na parte geral | 194 |
| 2. Limites constitucionais? | 199 |
| 3. Preterintencionalidade e qualificação pelo resultado | 202 |
| III. Posição jurídica espanhola.. | 204 |
| 1. Até a reforma de 1983 | 204 |
| 2. Até a reforma de 1995 | 207 |
| 3. O Código Penal de 1995: fim da preterintencionalidade e da qualificação pelo resultado? | 214 |
| IV. Consequências para a discussão alemã | 221 |
| 1. Ponto de partida | 221 |
| 2. Punição de acordo com as regras do concurso como alternativa? | 226 |
| V. Conclusão | 235 |

Localização: 343

A494d



| | |
|---|-----|
| § 7-A. Comentários sob a perspectiva brasileira | 237 |
| § 8. A punibilidade da obtenção de recursos de terceiros, principalmente de acordo com o § 331 do StGB | 241 |
| I. O dilema | 241 |
| II. A "situação normal" | 244 |
| III. Não-punibilidade de acordo com os §§ 263, 266 e 332 do StGB | 246 |
| IV. Punibilidade em decorrência da aceitação de vantagem (§ 331)? | 249 |
| 1. Pressupostos típicos | 249 |
| a) "Um titular de cargo ou uma pessoa especialmente obrigada ao serviço público" | 249 |
| b) "exija, se faça prometer ou aceite" | 252 |
| c) "vantagem para si ou para terceiro" | 253 |
| d) "para a prática de um serviço" (o acordo de realização do injusto) | 255 |
| e) Dolo | 260 |
| f) Resultado provisório | 260 |
| 2. Tentativas de delimitação nos planos da tipicidade e da justificação | 261 |
| a) Soluções típicas | 261 |
| b) Soluções justificantes | 268 |
| V. Conclusão: a melhor solução possível | 272 |
| § 8-A. Comentários sob a perspectiva brasileira | 274 |
| LITERATURA | 279 |
| ANEXO DE NORMAS | 291 |
| 1. Código Penal alemão (StGB) | 291 |
| 2. Código de Processo Penal alemão (StPO) | 297 |
| 3. Lei de Fronteira da República Democrática Alemã (GrenzG) | 297 |
| 4. Lei sobre a aplicação de medidas coercitivas diretas (UZwG) | 297 |
| 5. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (GG) | 298 |
| 6. Convenção Europeia de Direitos Humanos (EMRK) | 298 |
| 7. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (IPbpR) | 300 |
| 8. Código Penal espanhol (CP) | 301 |
| 9. Código Penal italiano (Código Rocco) | 301 |
| 10. Constituição da República italiana | 302 |
| 11. Código Penal sueco [Brottsbalken] (schwedStGB) | 302 |
| 12. Código Penal suíço [Code penal suisse] (schweizStGB) | 302 |

